



VU Research Portal

Case note: Hof Den Bosch 12 oktober en Hof Leeuwarden (Noot Hyves profiel openbaar? Hof Den Bosch 12 oktober 2009 (LJN BK5777) en Hof Leeuwarden 3 november 2009 (LJN BK1897))

Lodder, A.R.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R., (2010). *Case note: Hof Den Bosch 12 oktober en Hof Leeuwarden (Noot Hyves profiel openbaar? Hof Den Bosch 12 oktober 2009 (LJN BK5777) en Hof Leeuwarden 3 november 2009 (LJN BK1897))*, No. 7, Nov 03, 2009. (Tijdschrift voor Internetrecht; Vol. 2010).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Kan een besloten Hyves-profiel openbaar zijn?

1. Openbaarheid is een typisch internetrecht-concept, dat afhankelijk van de juridische discipline (auteursrecht, vrijheid van meningsuiting, smaad, etc.) verschillend wordt uitgelegd.¹ Internetrecht juristen kunnen vanuit hun invalshoek een bijdrage leveren aan eenheid in de uitleg van het concept openbaarheid op internet. In de voorliggende hof-uitspraken wordt de vraag of een besloten gebruikersprofiel op een sociale netwerksite als openbaar moet worden gezien zowel bevestigend als ontkennend beantwoord.
2. Internet is een netwerk met zeker van oorsprong in beginsel voor een ieder toegankelijke informatie. Daarop zijn steeds meer uitzonderingen, zoals het archief van een krant (zie de Cozzmozz-blog). Enkel voor een beperkte groep toegankelijke informatie is niet openbaar. Het uploaden van auteursrechtelijk beschermde content (zoals MP3-bestanden van populaire artiesten) is niet toegestaan op een P2P-netwerk (openbaar), maar wel in de beslotenheid van een online muziekzaak (bijv. bol.com).
3. Communicatie op internet is doorgaans besloten. E-mail berichten, chat-communicatie is bestemd voor de beoogde ontvanger(s). Discussiegroepen vallen onder de categorie voor een ieder toegankelijke informatie. Toch kan ook 1-op-1 besloten communicatie tot openbaarheid leiden, bijv. voor de Wet openbaarheid van bestuur geldt “openbaar voor één, is openbaar voor een ieder.” Als informatie aan één persoon is verstrekt, is het daarmee openbaar.
4. Een laatste illustratie, online geschillenoplossing zoals mediation en arbitrage is besloten. Alles wordt in vertrouwen gezegd en *mag* niet eens naar buiten gebracht worden.² Ultieme beslotenheid, smaad is uitgesloten. Stel dat er een muziekje gedraaid wordt om de strijdende partijen de goede zin te geven. Auteursrechtelijk gezien is hier waarschijnlijk toch sprake van een openbaarmaking en zijn er rechten verschuldigd.
5. Waar moeten we een besloten Hyves-profiel plaatsen? Is het te vergelijken met online geschillenoplossing, algemene informatie of besloten communicatie? Welke factoren spelen een rol om te bepalen of een uiting is gedaan “met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven”?
6. In ieder geval moet om te beginnen opzettelijk iemands goede naam of eer worden aangerand door telastlegging van een bepaald feit. Het doet er daarbij niet toe of het waar is wat wordt gezegd, behalve dat als de aanrander weet dat het *niet* waar is er sprake is van laster (art. 262 Sr). In de Hof Leeuwarden zaak noemt de verdachte haar ex een pedo, in de Hof Den Bosch zaak de verdachte zijn broer een oplichter. In onze samenleving worden beide kwalificaties niet direct gezien als een bijdrage aan je goede naam of eer.
7. De centrale rechtsvraag in beide zaken is of het mogelijk is om via een besloten Hyves-profiel “ruchtbaarheid te geven” aan de weinig vleierende bewoordingen. De openbaarheid in de zin van smaad bestaat uit het communiceren met “een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden.” Bij online geschillenoplossing zijn er geen betrekkelijk willekeurig derden. Bij het krantenarchief ook niet. Ook chat- en e-mail communicatie is niet bestemd voor deze derden. Crux is hoe zorgvuldig het toegangsbeleid is. In de regel wordt aangenomen dat een huiskamer een dergelijk zorgvuldig toegangsbeleid kent. Een ieder die daar komt, behoort niet tot betrekkelijk willekeurige derden. Is een besloten Hyves-profiel hiermee te vergelijken?

¹ Zie ‘Inleiding’ in T. van der Linder-Smith & A.R. Lodder (2009), *Jurisprudentie Internetrecht Annotaties*, Deventer: Kluwer.

² Diss. SH Bol

8. In een blog over de Hof Leeuwarden zaak in eerste instantie (de Rechtbank Assen zaak is merkwaardig genoeg niet in Rechtspraak.nl te vinden) hield ik dat met een zekere slag om de arm voor mogelijk: “(...) een zorgvuldig beheerd besloten Hyves-profiel (met hooguit enkele tientallen ECHTE vrienden en kennissen) als besloten in de zin van art. 261 Sr zou kunnen worden gekwalificeerd. (...) Het probleem met internet is dat vrijwel alle beslotenheid in beginsel bereikbaar is voor een ieder. Ook op een zorgvuldig onderhouden besloten Hyves-profiel kunnen “betrekkelijk willekeurige derden” zich melden, alleen al omdat iemand gemakkelijk op Hyves de identiteit van een ander kan aannemen.” Stel dat iedere Hyves-vriend pas toegelaten wordt na offline contact over het Hyves-profiel, dan komt de huiskamer zeker binnen bereik.
9. Hoe waren de profielen samengesteld? In de Bossche zaak verklaarde de verdachte: “(...) dat slechts 10 à 12 personen – voornamelijk familieleden – de betreffende teksten en foto konden bekijken. Voor andere Hyves-gebruikers waren deze teksten en foto volgens hem niet zichtbaar.”
10. Op basis hiervan komt het hof tot de volgende conclusie: “Het hof concludeert dan dat de verdachte de gewraakte berichten niet ter kennis heeft gebracht aan een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden, maar aan een beperkt aantal selecte personen.” Wat opvalt is dat enkel de kwantiteit (10-12) en kwaliteit (voornamelijk familieleden) een rol lijkt te spelen. Op *hoe* deze groep precies wordt beheerd wordt niet ingegaan. Hier had de rechter wel aandacht aan moeten besteden, want uit de weergegeven feiten is niet duidelijk dat er *geen* betrekkelijk willekeurige derde tussen de vrienden zou kunnen zitten.
11. In de Noordelijke zaak gaf de verdachte aan: “dat de betreffende Hyves-pagina (...) slechts toegankelijk was voor door verdachte toegelaten, circa 20 à 25, “Hyves-vrienden”. Volgens verdachte waren dit familieleden, vrienden en bevriende ex-collega’s.” Waar in Den Bosch sprake is van *voornamelijk* familieleden en de status van de overige leden niet uit het vonnis blijkt, is hier in ieder geval duidelijk dat de groep Hyves-vrienden gemakkelijk op een feestje in de woonkamer zouden kunnen aanschuiven zonder dat er zich betrekkelijk willekeurige derden in de menigte zouden mengen. Ook hier overigens geen overwegingen over het toelatingsbeleid, enkel een stelling over wie er volgende de verdachte deel uitmaken van de Hyves-vrienden.
12. Het hof komt echter tot een tegenovergestelde conclusie: “de wijze waarop -en de aard van de bewoordingen waarin- verdachte haar gedachten via haar Hyves-pagina met een twintigtal anderen heeft gedeeld niet anders worden opgevat dan het welbewust en derhalve opzettelijk ruchtbaarheid geven aan die uitlatingen. Het betrof immers niet een beperkt aantal geadresseerden die -zoals de raadsman de vergelijking maakt- in de beslotenheid van de huiskamer vertrouwelijke informatie krijgt toevertrouwd.” Deze redenering is niet goed te volgen. Waarom zou de kring in de huiskamer uit anderen bestaan dan familieleden, vrienden en bevriende ex-collega’s? Als je dezelfde groep offline plaatst had het wel gekund? Wat ontbreekt is zoals al eerder aangegeven een overweging over *hoe* het profiel beheerd is. Pas dan kan de huiskamer-metafoor al dan niet ter zijde geschoven worden.
13. Het hof stelt dat het geen met een huiskamer vergelijkbare situatie is, want:
 - a) De kring is in potentie ruimer
De vraag die niet beantwoord wordt is wie van de Hyves-vrienden zouden dan niet deel zouden kunnen uitmaken van een in de huiskamer aanwezige groep
 - b) Men “kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlatingen mocht beschikken”

Is een dergelijke clause tijdens roddel en achterklap in de omgeving van de huiskamer gebruikelijk? Wordt er gewaarschuwd “niet doorvertellen hoor” en maakt een dergelijk clause juridisch gezien verschil? Mogelijk dat de Rb. Assen zaak meer helderheid had kunnen verschaffen over de feitelijke toedracht (maar dus zoals gezegd niet op Rechtspraak.nl), want enkel wordt duidelijk dat de verdachte in een online dagboek aangeeft haar kinderen niet met die pedo wil meegeven. Een dagboek is een verslaglegging met veelal emotionele kleuring waarbij de lezer dergelijke uitspraken zou moeten kunnen nuanceren. Dat de ex als gevolg van deze uitingen zo onheus werd benaderd dat hij zich genoodzaakt voelde te verhuizen is bijzonder vervelend, maar ligt meer aan de ontvangers van het bericht over de vermeende eigenschappen van deze man dan aan de verzender.

- c) “waarbij daarnaast een verdere verspreiding van de gewraakte tekst door de oorspronkelijk geadresseerden -gezien de aard van de beschuldiging- voor de verdachte niet alleen in theorie voorzienbaar was maar ook op voorhand feitelijk te verwachten viel.”

Deze overweging schiet te ver door. Zoals aangegeven wordt hier door een ex een bepaalde kwalificatie gegeven. Is dan feitelijk te verwachten dat dit gerucht zich verder verspreid? Het zegt veel over de geadresseerden, maar als hiermee rekening moet worden gehouden is het zelfs mogelijk dat tijdens online geschillenoplossing of 1-op-1 communicatie gedane uitingen *ook* smaad kunnen zijn. Dat kan toch niet de bedoeling van de “ruchtbaarheid geven aan” zijn.

14. In de Hof Den Bosch zaak wordt nog ingegaan op het subsidiair tenlaste gelegde belediging. Hierbij wordt ‘openbaarheid’ expliciet genoemd en van het besloten Hyves-profiel “nu de gewraakte uitlatingen zijn gedaan op een website die slechts toegankelijk was voor een gering aantal selecte personen, deze niet in het openbaar zijn gedaan. Evenzeer volgt hieruit dat het opzet van verdachte niet was gericht op openbaarheid.” Daargelaten dat de website (Hyves) voor iedereen toegankelijk is, speelt voor het besloten profiel zowel het aantal (gering) als het type (selecte). Zelfs een groep van 30 man (vgl. een ruim bemeten woonkamer) zou select kunnen zijn. Het hof Leeuwarden had mijns inziens minder nadruk op de hoeveelheid personen en de aard van de uiting moeten leggen, en moeten kijken naar hoe zorgvuldig het profiel beheerd is.
15. De uitspraken van beide hoven zijn wat de uitkomst betreft tegengesteld, maar kunnen op zichzelf juist zijn. Door ontbrekende motivering op het cruciale punt van de selectie wordt dit niet helder.